

'La Sala debe señalar a la petente que la única medida cautelar establecida en nuestra legislación contencioso administrativa es la suspensión de los efectos del acto acusado, el cual ya se consumó y por ello no puede ser suspendido, tal como se explicó en el auto dictado por la Sala Tercera el 21 de septiembre de 1999, mediante el cual se niega la solicitud de suspensión provisional presentada dentro del presente proceso por la señora Fiscal Superior del Segundo Distrito Judicial de Coclé y Veraguas el 26 de agosto de 1999. En aquella ocasión la Sala también se refirió a la solicitud de la inscripción marginal de secuestro sobre la finca N°18,816 de propiedad de Iguana Beach Holding, señalando:

'Debe negarse también la petición de la demandante de que se saque del comercio o se secuestre la finca que nació al inscribirse el acto impugnado, porque es una medida cautelar no contemplada en nuestra legislación contencioso administrativa'

Por lo anterior, es procedente reiterar que esta Sala no puede ordenar una medida cautelar no establecida por nuestra legislación contencioso administrativa y en consecuencia no es posible acceder a la solicitud presentada." (Auto de 2 de octubre de 2001)

Conforme lo transcrito, la línea jurisprudencial de la Sala Tercera ha sido sistemática y reiterativa en relación al tema; para los efectos también son consultables los Autos de 22 de marzo de 2001 y 27 de octubre de 2000.

Tomando como base lo antes expuesto, y en consideración a las razones anotadas debe negarse la medida solicitada.

En consecuencia, la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO ACCEDE a la suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 28 del 28 de enero de 1997, emitida por la Junta Comunal del Corregimiento de Veracruz del Distrito de Arraiján.

Notifíquese.

VICTOR L. BENAVIDES P.  
WINSTON SPADAFORA FRANCO -- ADÁN ARNULFO ARJONA L.  
JANINA SMALL (Secretaria)

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO JAIME FRANCO PÉREZ EN REPRESENTACIÓN DE SERGIO AUGUSTO MOLINA BARRIOS, EDUARDO ALVAREZ Y CARLOS A. RODRÍGUEZ, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL EL PLIEGO DE CARGOS DEL CONCURSO NO. PRE-01-06 ATTT, EMITIDA POR LA AUTORIDAD DEL TRÁNSITO Y TRANSPORTE TERRESTRE. PONENTE: VICTOR BENAVIDES. PANAMÁ, VEINTISIETE (27) DE JULIO DE DOS MIL SEIS (2006)

Tribunal:	Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala:	Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente:	Victor L. Benavides P.
Fecha:	27 de Julio de 2006
Materia:	Acción contenciosa administrativa Nulidad
Expediente:	221-06

VISTOS:-

El licenciado Jaime Franco Pérez en representación de SERGIO AUGUSTO MOLINA BARRIOS, EDUARDO ALVAREZ y CARLOS A. RODRÍGUEZ, ha interpuesto ante la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema, demanda contencioso administrativa de nulidad para que se declare nulo, por ilegal, el Pliego de Cargos del Concurso No. PRE-01-06 ATTT, emitido por la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre.

La parte actora incluye en el libelo incoado, una petición para que esta Sala suspenda provisionalmente los efectos del acto impugnado sin embargo, por razones de economía procesal, el Magistrado Sustanciador procede a examinar la demanda en vías de determinar si la misma cumple con los presupuestos que condicionan su admisión y en este punto considera pertinente realizar las siguientes consideraciones.

El acto que se impugna lo constituye el Pliego de Cargos del Concurso No. PRE-01-06 ATTT, referente a la "Precalificación para los Estudios, Diseños, Construcción e Implantación del Sistema Integrado de Transporte de Panamá", emitido por la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre, en virtud de la creación de un Sistema Integrado de Transporte de Panamá, lo cual constituye un hecho público y notorio ante el común de la sociedad panameña.

Tal como se desprende de lo detallado, el negocio in examine versa sobre un tema de complejidad prioritaria, el transporte público de la ciudad de Panamá, lo cual amerita que esta Sala deje constancia en cuanto a que no es ajena al sensible tema social que trata, ya que en la prestación del servicio público del transporte deben prevalecer dos principios: el bienestar social y el interés público, con lo cual se tiene la intención de favorecer a la colectividad en función de sus necesidades

Bajo este contexto, en el presente caso es necesario señalar que se ha realizado un estudio minucioso y exhaustivo en cuanto a la viabilidad o no de la acción de nulidad impetrada, ciñéndonos al marco legal pautado por nuestro ordenamiento jurídico y lo establecido por la jurisprudencia de esta augusta Corporación de Justicia.

En tal sentido, no puede soslayarse la naturaleza del proceso contencioso-administrativo, toda vez que lo que se persigue con el accionar de la vía contencioso-administrativa es la modificación, revocación o anulación de un acto administrativo en firme, es decir un acto que causa estado, ateniéndose a lo normado en el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, que establece taxativamente lo siguiente:

“Artículo 42. Para ocurrir en demanda ante el Tribunal de lo Contencioso-administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41 o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.” (el resaltado es nuestro)

Ahora bien, entrando en materia, la génesis de este proceso radica en la interpelación que se presenta ante la función que cumple una Institución Estatal, en este caso la ATTT y los actos que pueden ser su expresión, de lo cual resulta un análisis sobre las prerrogativas que tiene el Ente Estatal y los derechos o situaciones de interés que tienen los administrados. Este examen, en el presente caso, conlleva, en principio, la identificación de los actos administrativos que son susceptibles de impugnación por ser actos en firme, es decir, actos definitivos que causan estado.

Con relación al tema, el ilustre tratadista colombiano Gustavo Penagos, nos dice que el acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad administrativa, a través de cualquier rama del poder público, o de los particulares, que tiene por finalidad crear, modificar o extinguir una situación jurídica. (PENAGOS, Gustavo, El Acto Administrativo, Cuarta Edición, Ediciones Librería del Profesional, 1987, p. 775)

Por su parte, el maestro Vidal Perdomo, señala que los actos de la administración pueden consistir en decisiones puramente jurídicas, o en ejecuciones u operaciones materiales; en las primeras pueden tomar parte una sola autoridad o varias, o el efecto buscado solo se logra con el consentimiento del ciudadano; puede ocurrir que la decisión contenga normas generales o concierna a una sola persona; que esté completa en toda su virtud ella sola, o que requiera actos posteriores que la perfeccionen; que sus efectos sean internos a una determinada administración o abiertos al público ciudadano; que el contenido de la voluntad administrativa sea autorizar, aprobar, admitir, conceder, renunciar, dispensar, proponer, ordenar, certificar, intimar, inspeccionar, notificar, sancionar, registrar, etc., (VIDAL PERDOMO, Jaime, Derecho Administrativo, Novena Edición, Editorial Temis, 1987, p. 257)

En colusión con lo detallado, no podemos perder la perspectiva, ya establecida por Ley, que debe utilizarse al declarar la viabilidad de las acciones contencioso-administrativa, pues si bien es cierto, la Administración expide una multiplicidad de actos, que conllevan actos firmes, actos de mera comunicación, actos preparatorios o de mero trámite, sólo aquellos que se encuentran en firme, que sean definitivos y que causen estado, son sujetos a impugnación, a la luz de lo normado en el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, ya trascrito.

La viabilidad de las acciones-contencioso administrativas, como vemos, está sujeta a la naturaleza propia del acto. Dado lo expuesto, en el negocio subjudice, el acto administrativo impugnado, el Pliego de Cargos del Concurso No. PRE-01-06 ATTT, por tratarse de un acto administrativo que no causa estado, no cumple con las formalidades establecidas en la Ley 135 de 1943, específicamente, lo regulado en su artículo 42; ya que no es posible concebir el Pliego de Cargos como una decisión final, puesto que aún no se han constituido derechos y obligaciones para los contratantes, por lo que no estamos en presencia de un acto con carácter definitivo, muy por el contrario, nos encontramos ante un acto preparatorio o de mero trámite.

Conforme lo enunciado, esta máxima Corporación de Justicia ha sentado de manera sistemática que un acto definitivo es aquel que pone fin a la actuación administrativa, es decir, aquellos que deciden el fondo de un asunto, ya sea creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica; y que los actos preparatorios o de mero trámite son aquellos cuyo contenido forma parte de un procedimiento administrativo, encaminado a adoptar una decisión final cuya condición puede variar. Sobre el punto son pertinentes los Autos de 20 de septiembre de 1996 y de 16 de junio de 1998, que en su parte medular establecen lo siguiente:

“Los actos preparatorios conocidos también como de mero trámite, según el tratadista LIBARDO RODRIGUEZ R. son “aquellos que se expiden como parte de un procedimiento administrativo que se encamina a adoptar una decisión o que cumplen un requisito posterior a ella...”(RODÍGUEZ LIBARDO, Derecho Administrativo General y Colombiano; Sexta Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1990; pág.204).

En reiterada jurisprudencia, esta Superioridad ha establecido que contra los actos preparatorios no cabe acción alguna, dado que su contenido forma parte de un procedimiento administrativo encaminado a adoptar una decisión final, cuya condición puede variar. La única excepción, que permite a la Sala Tercera entrar a conocer actos preparatorios o de mero trámite es que en estos casos se decida el fondo del asunto, de modo que le ponga término o hagan imposible su continuación, situación que no se presenta en este caso.” (Auto de 20 de septiembre de 1996)

“Estamos frente a un mero acto preparatorio en donde se han fijado las pautas a seguir, para la posterior formalización del respectivo contrato de concesión. Es decir, se señala que el Director de la Autoridad Portuaria está autorizado para suscribir un contrato de concesión con la empresa COLON... El futuro contrato de concesión entre el Director de la Autoridad Portuaria Nacional y la empresa

COLON PORT TERMINAL S. A., de celebrarse en el plazo de treinta (30) días, por ser un contrato administrativo definitivo podrá ser impugnado por los afectados a través de una demanda contencioso administrativa, si consideran que no se cumplieron con los requisitos legales establecidos para su validez." (Auto de 16 de junio de 1998)

El fundamento jurídico del criterio esgrimido ha sido detallado en párrafos precedentes sin embargo, por lo sensitivo del tema, cabe señalar la interpretación que le ha dado esta augusta Corporación de Justicia al artículo 23 de la Ley 56 de 1995, que guarda una relación directa con el tema en estudio y que se refiere a las precalificaciones en cuanto a que la resolución de precalificación no es un acto definitivo, veamos:

"....debemos señalar, en primer lugar, que el acto de "precalificación", lo mismo que el llamado "certificado de postor", constituyen requisitos previos a la celebración del contrato administrativo con la entidad licitante e inclusive, requisitos previos a la celebración de la licitación pública. Así se desprende del contenido de los artículos 22 y 23 de la Ley 56 de 1995, ubicados en el Capítulo IV de la misma excerta legal, denominado "DE LOS REQUISITOS PREVIOS". Para mayor ilustración veamos la parte pertinente de ambas normas:

"Artículo 22. Certificado de postor. Para participar en los procedimientos de selección de contratistas con el Estado, se requiere que el proponente compruebe que posee el certificado de postor. A tal efecto, el Ministerio de Hacienda y Tesoro procederá a expedir el certificado, previo cumplimiento por el solicitante, de los siguientes requisitos: ...".

"Artículo 23. Precalificaciones. En los casos que sea requerido en el pliego de cargos, los proponentes deberán ser previamente precalificados. La entidad licitante designará comisiones de precalificación de proponentes ...". (Subrayados de la Sala).

En concordancia con este último precepto transcrito, el artículo 24 de la misma Ley señala lo siguiente:

"Artículo 24. Estructuración del pliego de cargo. La entidad licitante de que se trate elaborará, previamente a la celebración del procedimiento de selección de contratista, el correspondiente pliego de cargos, que contendrá:

1. Los requisitos para participar en el respectivo proceso de selección.

...

9. La obligación de presentar el certificado de postor, o de someterse a la precalificación cuando proceda.

...". (Subrayado de la Sala).

Tal como puede apreciarse, la precalificación constituye uno de los requisitos que en ciertos casos contiene el pliego de cargos, que deben llenar, por tanto, quienes aspiran a participar en el proceso de selección de contratistas.

Ciertamente, el último párrafo del artículo 23 *ibidem* señala que "Toda persona que haya sido precalificada tendrá derecho a presentar propuestas", sin embargo, tal circunstancia no convierte a la resolución de precalificación en un acto definitivo, dado que el procedimiento de precalificación tiene por objeto, precisamente, escoger a quienes participarán en la celebración de un acto público posterior, que podría concluir con su adjudicación a uno de los proponentes o, por el contrario, con la declaratoria de deserción del mismo si las propuestas presentadas son gravosas o riesgosas para el Estado, si son contrarias a los intereses públicos, etc. (art. 46 *ibidem*).

Refuerza todo lo anotado, el hecho de que en los procedimientos de selección de contratistas, la Ley N° 56 de 1995 sólo autoriza el acceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa para recurrir contra la resolución que adjudica la licitación, el concurso o la solicitud de precios, es decir, contra la resolución final o definitiva. Así se desprende del contenido del artículo 45 *ibidem*, cuya parte pertinente se transcribe a continuación:

"Artículo 45. Adjudicación de la licitación pública, del concurso o de la solicitud de precios.

El jefe de la entidad contratante, o el funcionario quien se delegue, si considerase que se han cumplido las formalidades establecidas por la ley, mediante resolución motivada adjudicará, en un plazo perentorio, la licitación pública, el concurso o la solicitud de precios o lo declarará desierto en los casos señalados en el artículo 46.

...

La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas. Sin embargo, las personas que se consideren agraviadas con la decisión, podrán recurrir por la vía gubernativa, conforme a las reglas del procedimiento fiscal, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para promover la acción contencioso-administrativa que corresponda".

Tal como puede apreciarse, la parte final de la disposición transcrita faculta a las personas que se consideren afectadas con la adjudicación del acto público para recurrir contra el mismo ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, previo agotamiento de la vía gubernativa. Esta facultad, sin embargo, no está legalmente prevista para el caso de la resolución de precalificación de

proponentes, respecto de la cual no cabe recurso alguno, tal como declara la parte final del artículo 23 de la citada Ley N° 56 de 1995.” (Auto de 2 de octubre de 1998)

Como se desprende de lo transcrito, la Ley permite a la entidad contratante, en este caso la ATTT, a que precalifique las empresas que participaran en la Licitación Pública tendiente a adoptar una decisión final, de acuerdo a lo previsto en el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, estableciendo que esta decisión no será susceptible de impugnación ante la vía contencioso-administrativa, dejando este accionar sólo contra la resolución que adjudica la licitación, el concurso o la solicitud de precios, es decir, contra la resolución final o definitiva.

Aunado a lo expresado, cabe señalar, con fines docentes, lo que la doctrina ha manifestado en cuanto al Pliego de Cargos, en tal sentido expone Palacio Hincapié que el “...pliego debe conjugar el equilibrio entre el interés público que persigue la Entidad y el interés particular de quienes pretenden colaborar como contratistas. Esas reglas deben ser claras, justas, precisas e inmodificables, una vez que haya ocurrido la apertura de las propuestas y debe mantenerse durante la ejecución del contrato, pues a ellas deberá sujetarse el proponente en la elaboración de la oferta. Es obvio que antes del cierre de la licitación, como se dijo sobre la aclaración de dudas a los proponente, la Entidad puede introducir modificaciones jurídicas, técnicas y de detalle, al pliego pero dichas modificaciones deben darse a conocer a todos los que han retirado pliego de condiciones, no sólo para asegurar la igualdad de los oferentes, sino para que puedan ajustar sus propuestas. Tales modificaciones se hacen mediante las denominadas adendas. (PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel. “La Contratación de las Entidades Estatales”. Primera Edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, Colombia. 1997. Pág. 157)

Por su parte Jiménez Aparicio comenta “hasta el momento de la adjudicación nos encontramos en el seno de las denominadas “actuaciones preparatorias” o “expediente de contratación”.....; con la adjudicación se perfecciona el contrato y nace al mundo jurídico”. “La Ley, al precisar que sólo la adjudicación perfecciona el contrato, impone una doble consecuencia: de manera negativa señala que las actuaciones anteriores, sea cual sea el procedimiento o forma de adjudicación, han de ubicarse en la fase precontractual; y de manera positiva supone que, a partir de ese momento, el contrato existe y obliga como tal...”(JIMÉNEZ APARICIO, Emilio. “Comentarios a la Legislación de los Contratos de las Administraciones Públicas”. Segunda Editorial Aranzadi. 2002. Pág. 573)

Adicional a lo detallado, resulta, a juicio de esta Corporación, interesante mencionar lo que el Derecho Comparado ha señalado sobre el tema, de forma tal que el Tribunal Supremo Español en Sentencias de 13 de mayo de 1982 y de 4 de noviembre de 1997 estableció lo siguiente:

“...la Administración lo que hace al publicar el pliego (de condiciones) es anunciar que estaría dispuesta a considerar las proposiciones de contratos que se le hicieran por los particulares dentro de ciertas bases” (Sent. 13-5-1982)

“...Cuando se dice que las cláusulas contractuales son la ley del contrato se quiere expresar, de modo paradigmático, la naturaleza básica, esencial y prioritaria de las mismas a la hora de interpretar el contrato de que forman parte”. (Sent. 4-11-de 1997)

En esta misma línea, y de forma análoga la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Española a través del Informe 71/99 de 11 de abril de 2000, precisa que:

“...la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que los pliegos de cláusulas administrativas incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato..... éstos carecen del carácter de norma jurídica, constituyendo parte del clausulado del contrato, habida cuenta que si no fuera así, por el principio de jerarquía de normas, no podrían contener aquéllos tales estipulaciones contrarias. ... son documentos que establecen los pactos y condiciones, derechos y obligaciones que asumen las partes, es decir, el contexto en el que se desarrollará el vínculo jurídico que entre ambas se formaliza por la presentación de la proposición y la consecuente adjudicación del contrato”.

Como viene expuesto, el Pliego de Cargos se trata de condiciones o cláusulas que se plasman con anterioridad a la ejecución del contrato, teniéndose que serán eficaces jurídicamente tan solo cuando se recojan en el propio contrato de adjudicación por lo cual se tiene a éste último como el acto que surte consecuencias jurídicas impugnables o que causa estado por ser éste el que constituye derechos y obligaciones para los contratantes.

A la luz de las opiniones jurídicas vertidas, la presente demanda resulta inadmisibles pues no se ajusta a los presupuestos procesales propios de las demandas contencioso-administrativas, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 135 de 1943 y en razón de las consideraciones anotadas, así debe declararse.

Por consiguiente, el Magistrado Sustanciador, en representación de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO ADMITE la demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta por el licenciado Jaime Franco Pérez en representación de SERGIO AUGUSTO MOLINA BARRIOS, EDUARDO ALVAREZ y CARLOS A. RODRÍGUEZ.

Notifíquese.

VICTOR L. BENAVIDES P.